

経済と経営 16-3・4 (1986.3)

〈論 文〉

有限会社における持分移転と定款変更

土 井 勝 久

- 一 序論
- 二 問題の所在
- 三 定款の記載事項
- 四 持分の移転と対抗要件
- 五 持分の譲渡・移転と総会決議
- 六 社員の氏名・住所及び持分の移転と定款変更
- 七 結論

一 序 論

わが国は、ドイツの有限会社法⁽¹⁾ (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung) を模範として、昭和 13 年に有限会社法を制定した⁽²⁾。制定当初、有限会社を商法上の会社とせずに、有限会社法という単行法を設け、形式上商法上の会社と区別したのは、必要に応じて適宜見直しをするためであった⁽³⁾が、実際には現在まで 7 回の部分的な改正が行われただけで、見直しといえるものはなかった。

ところが、昭和 50 年 6 月に初めて大小会社の区分問題が会社法改正に関する問題点として法務省民事局参事官室に取り上げられて以来、昭和 56 年の商法改正が終了したと相俟って、有限会社法の見直しが大小（公開・非公

開) 会社区分立法との関係で検討されるようになってきた。

現在、法制審議会の商法部会は、大小会社の区分立法を次期商法改正のメインテーマの 1 つと考えているものの、大小会社の区分方法自体は多くの議論の後改正内容が固まってから検討することとし、当面は改正事項の検討を行うとしている。

このような状況の下で、有限会社に内在する問題を指摘することは意義のあることと考え、持分移転と定款変更について以下検討する。

- (1) ドイツの有限会社 (die Gesellschaft mit beschränkter Haftung <G. m. b. H.> つまり有限責任会社) は、商法上の他の会社のように具体的取引の中から慣習上発生し、歴史上完成された会社形態ではなく、立法者が創作したものである。つまり、ドイツ有限会社の父たるエーヘルホイゼル (Oechelhäuser) とハムマッヘル (Hammacher) は、1884 年の株式会社改正法が中小企業にとり著しく厳格で不便であること、および当時の植民地企業の発展のために新会社形態が必要であったこと等を理由として、ビスマルクを動かし、ドイツ商業会議委員会に対し「有限会社形態についての要綱」を作らせた。これと当時のプロイセンの商工大臣ビスマルク (Bismarck) への意見などを参考に、リーサー (Riesser) が、1889 年に有限会社法草案を発表した。この 2 年後、ドイツ司法省も有限会社法草案 (Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nebst Begründung und Anlagen) を発表し、ほぼ原案のまま約 2 ヶ月で可決させ、1892 年 4 月 20 日に「有限会社法」を制定し同年 5 月 19 日から施行した (大隅『現代外国法典叢書独逸商法 IV』2 頁)。

この経過のごとく、実務上の要求があったとはいえ、株式会社法の不備を補完する目的で新法を制定し、全く新しい会社形態を作ったのである。

今日、ポルトガル、オーストリア、ブラジル、チェコスロバキア、チリ、フランス、トルコ、メキシコ、ベルギー、スイス、日本等の多くの国々にある有限会社法は総てドイツの有限会社を倣ったものである。

- (2) 昭和 13 年 4 月 5 日法律第 74 号、施行は昭和 15 年 1 月 1 日である。
- (3) 稲葉威雄「大小会社区分立法に関する諸問題」『別冊商事法務』73 号 12 頁。

二 問題の所在

有限会社の社員権である持分を譲渡する場合、会社内の他の社員へは社員総会の承認を要することなく自由に譲渡できるが、会社外の社員でない者つまり非社員に持分を譲渡するには社員総会の承認が必要である（有 19 I・II）。

これに対し、社員の氏名及び住所と各社員の出資口数とは、定款の絶対的記載事項である（有 6 ⑤・⑥）。さらに、持分移転の対抗要件は、取得者の氏名及び住所並びに移転する出資口数を社員名簿に記載することである（有 20）。

以上のことから、持分の譲渡に関し、社員間の持分譲渡は自由にできるが、非社員へのそれは社員総会の承認を必要とする、換言すれば社員総会の普通決議を要することになる。そして、社員名簿への持分移転の記載により第三者への対抗要件も備わり、社員及び会社としては、一応有効な持分移転の形式は完了したことになる。

ところが、社員の持分は定款の絶対的記載事項であるから、持分の譲渡などの社員に関する変動があった場合には、規定上定款変更のために社員総会の特別決議を得なければならない（有 47, 48）。

つまり、有限会社の閉鎖性あるいは小規模会社といった特殊性は理解できるものの、もともと有限会社は株式会社の簡易化された組織であると唱えられていることから考えると、2度にわたる内容的に異種類の社員総会の承認を要するように規定することは、有限会社制度の本旨に反するものであり、改善すべき事項であると考えらる。

三 定款の記載事項

1 絶対的記載事項（有 6）

有限会社を設立する場合に必ず記載しなければならないものである。換言すれば、法定事項の記載を欠いたり、その内容に違法性がある場合には、定款自体が無効になるものである。つまり、これらは会社設立の要件の 1 つである。

具体的には次の通りである。

① 目的

有限会社は法人の分類からみると株式会社同様営利社団法人である（有 1，商 52，54）。したがって、その究極の目的が営利にあることは周知の事実である。

しかし、ここで意味する目的とは、会社の具体的な企業活動目的である。この企業目的は、法令により認められた無制限の企業活動の範囲を自ら選んだ企業活動目的に限定することにより、自らの独立した活動領域を明示する基準の一つでもある。その他、法律的には、会社の権利能力の範囲を示すもの⁽⁴⁾、会社の解散命令事由の存否（有 4，商 58）、社員の取締役に対する差止請求権の存否（有 31 の 2）などを示す意義を有する。

また反対に、有限会社法の制定趣旨が中小規模の有限責任会社の設立にあることから、事業の性質上大規模会社にしか認められない銀行業や保険業（銀行 3，保険 3⁽⁵⁾）などは有限会社に認められない。すなわち、このことは、有限会社の活動目的の制限であると同時に、有限会社形態の限界でありその選択基準でもある。

したがって、この「目的」を有限会社設立の要件とし、一部の社員や取締役によって容易に変更できないとしたことには、十分意義があり首肯できる。

② 商号

商号は、有限会社が企業活動において自己を表示するための名称であり、これは会社の独立性と同一性を表示することを意味する。したがって、その企業活動から醸し出されるその会社の信用が当然に付加される。つまり、商号は単なる名称だけではなく、財産的価値を有することから、会社の内外において、企業活動上の利害関係を派生することもある。

このことは、商法や不正競争防止法などが会社自体あるいは第三者を保護すべき要請に応えるために商号の保護を目的にした若干の規定を制定していることから首肯できる。

さらに、商号選定に関しては、有限会社の商号中には有限会社なる文字を用いなければならないこと、および有限会社以外はその商号中に有限会社なる文字を使用してはならない（有3）と規定するのみで、有限会社法は商号選定に関する具体的規定を設けていないし、商法を準用する旨の規定も設けていない。これは、有限会社が商人であり（有2）、商法上の殆どの商号に関する規定を適用できるからである。

つまり、有限会社においても、我が国は商号の選定に関し自由主義をとっている（有16）から、商人たる有限会社または取締役もしくは社員は、法律上、自由に商号を選定乃至変更できる。

このような事情を考えると、有限会社の一部の社員による恣意的行動を制するための配慮として、定款に商号を規定することには十分な意義がある。

③ 資本の総額

本来究極的には総ての会社の資本は、その多寡に差があるものの、会社の企業活動を支える資金であり、会社債権者に対する担保財産である。かつて、株式会社においてもその定款に「資本の総額」（旧商166 I ③）を記載することになっていた⁽⁶⁾。ところが、昭和25年に英米法上の授權資本制度と無額面株式制度とを採用したことにより、「資本の総額」を削除した。そして、これに代って、会社が発行する株式の総数と設立に当って発行する株式の総数（商

166 I ③・⑥) とを記載すべきことにした。これは、資本調達機動性を高めるための改正であって、従来からの資本確定の原則を無視したわけではなく、会社の発展を考慮し資本充実の原則を強化した結果であり、依然として財産的基礎の確立を図る趣旨は生き永らえていると考えられる。

つまり、有限会社と株式会社の双方において、資本の機能・重要性は変わらないが、双方の会社制度の趣旨から、有限会社に資本確定の原則の表現が残っただけである。したがって、有限会社は依然として、会社設立時に資本全額の出資者を確定し、かつ出資の履行をしなければならない。

以上から、中小規模の会社組織を意図する有限会社の定款に、資本の総額を記載することにより、その資金量と取引行為を相対的に限定すること、換言すれば資本の総額が相対的に会社の企業活動基準を示すことは、意義のあることである。

④ 出資一口の金額

有限会社は株式会社を模範とし、中小企業に最も適合すべく、資本的機構や経営的機構を簡易化したものである⁽⁷⁾。したがって、資本的機構の面では株式会社に類似しており、有限会社の資本総額は、総て均一な一定の口数に細分化され、この均分された1つを最低出資単位としている。

有限会社の社員は、自己の所有する細分化された資本総額の多寡により、会社に対する権利義務や会社からの利益分配の量を決められる。故に、ここに出資一口の金額を定款に規定する意義があるといえる。

⑤ 社員の氏名および住所

有限会社は、もともとドイツにおいて、株式会社の不備を補うものとして中小規模の会社向けに、立法者によって創られたものである。我が国においては、明治40年代にはいるとすぐにドイツの有限会社法を研究し、この会社制度を採用すべきであると提唱されだした。その導入理由はいくつかあげられているが、根本思想は小規模の企業に適しかつ厳格な規律の無いところにその利点があると説かれている⁽⁸⁾。つまり、小規模の社団法人向けであること

は、ドイツの有限会社法およびそれを継受した日本の有限会社法ともに同じである。

したがって、我が国の有限会社が社団法人であり(有 1)、かつ中小規模を維持するために社員総数を 2 人以上⁽⁹⁾ 50 人以内と規定している(有 8, 有 69 I ⑤)ことは、有限会社法制定の趣旨からみて首肯できることである。

有限会社法が閉鎖的小規模会社向けであること(有 6, 8, 19, 21, 25 など)に鑑み、特に社員総数の制限規定との関係から、社員の氏名および住所を定款に規定する意義はある。

⑥ 各社員の出資の口数

有限会社の社員権、換言すれば社員が社員として会社に対して有する権利義務の総体を持分という。各社員の出資は、その出資の多寡によって定まる。有限会社は閉鎖的内容を有する反面株式会社のような(有限責任性より派生する)物的会社性を有するから、その出資対象物は金銭と現物の財産出資に限定される。

したがって、各社員の出資の多寡が意味するものは、各社員にとっては、利益および利息の配当ならびに残余財産分配の量を決める基準になったり、経営に与する度合を決める基準になる。他方、債権者その他の第三者にとっては、社員の責任の量を決める基準となる。

以上から考え、各社員の出資の口数は、各社員の社員権の量に直接関係するので、定款に記載しかつ変動のたびごとに明らかにしておく必要がある。特に一部の社員の出資に複数の議決権を与えるような場合(有 39)、社員名簿の記載事項(有 20)から判断して、第三者がこの事実を知るためには、この旨を付記した定款の記載には重要な意義がある。

⑦ 本店の所在地

本店とは、会社の全営業の最高指揮を発する主たる営業所のことである。本店は、商業登記において管轄登記所を定める基準を意味する(有 13, 商登 1, 6, 35, 94 乃至 102 など)し、債権債務の履行地を意味する(有 4, 商

516 など)し、会社が法令によりなすべき行為の場所の基準を意味する(商 19, 25, 有 28, 29 など)し、訴訟事件および非訟事件の裁判管轄を定める(有 31 の 3, 56 III, 71 の 2 II, 非訟 136, 139 など)。

したがって、本店の所在地を明確にすることは、日常業務においても重要なこと(債権者・債務者を保護し、信用の増大をもたらす機能などを有する)であると考えるので、定款に記載する意義がある。

2 相対的記載事項(有 7)

有限会社においても株式会社同様、金銭以外の財産を拠出することにより社員権を取得する方法がある。さらに、開業後の会社の営業がスムーズに行われる為に、会社成立前に会社成立を条件として成立後の会社が具体的な財産を確保する方法も講じられている。前者が出資契約たる現物出資であり、後者が債権契約たる財産引受である。また、会社設立に要した諸費用を成立後の会社に求償する方法も認められている。そして、これらは通常の設定形態と異なっているので、変態設立事項という。

以上の3項目は、長所が多い反面、運用いかんによっては社員や会社債権者にとり不当な不利益をもたらす危険性が強いものである。だから現物出資、財産引受、設立費用の求償などを実現したい場合には、予め会社の定款に記載しておかなければ、実現利用できないことになっている。この点は株式会社の場合と同様である。

しかし、株式会社の場合には、変態設立事項を定款に記載し(商 168)、裁判所が選任する検査役の調査を受けなければならない(商 173)。特に、発起設立におけるこの調査においては、変態設立事項の内容だけではなく、現物出資の具体的履行の有無をも調査しなければならない(商 172, 173 I)。これに対し、有限会社の場合には、裁判所選任の検査役の調査はなく、そのぶん社員と取締役に特別の責任を課している。すなわち、現物出資と財産引受とにおいて、実価が定款記載額に著しく不足する時にのみ、会社成立当時の社員は会社に対し連帯してその不足額を支払う義務を有する(有 14)。また、

現物出資の給付未済財産がある場合には、会社成立当時の取締役および社員は連帯して給付未済財産の価額の支払をなす義務を負う（有 15）。

このように有限会社の変態設立事項は、株式会社のそれに比較して、相当簡略化されている。特に、会社債権者の保護のために、会社設立当時の社員および取締役に特別の責任を課しているのは、第一義的には出資填補責任の明確化であり、第二義的には例示的に社員や取締役への責任を明確にすることにより、変態設立事項の適正妥当を期待すること⁽¹⁰⁾、換言すれば不適正な変態設立事項を未然に防止することである。他方、このことは、社員の氏名が定款の絶対的記載事項になっていることを補強する理由でもある。

3 社員が定款に記載される意義

有限会社の定款には、株式会社と同様に、絶対的記載事項、相対的記載事項が法定化されており、この他にも任意的記載事項を規定できる。これらの事項から、社員が定款に規定される根拠をまとめると以下の通りである。

①有限会社制度の趣旨から、有限会社の規模を社員数によって限界づけるための基準となる。②有限会社に対する権利義務の多寡を決める基準を明らかにするために必要である。③変態設立を行う場合、会社設立当時の社員に出資填補責任を負わせ、かつその責任を明確にすることによって社員の不正を未然に防ぐなどの機能を有する。④出資の金額の払込があったか否かを明らかにする基準をあらわす。⑤会社設立者を明らかにする⁽¹¹⁾。

すなわち、①と②に関しては、有限会社の目的、商号、資本の総額や本店所在地などと同様に、有限会社の根幹的事項と密接に関係しており、特に資本の総額や各社員の出資の口数との関係から会社設立の要件を構成する縁由の一部と考えられ、重要な意味を有する（有 6 ③・6，8）。③に関しては、変態設立制度を採用する場合には、現物出資と財産引受とにおける定款記載額の完全履行を要求している（有 14，15）。④に関しては、払込の完全履行を設立当時の社員ばかりでなく取締役に對しても連帯責任の形で要求している（有 15）。

これらは、いずれも重要な事項であって、有限会社の定款に「社員」の記載を要求する重要な要素である。つまり、有限会社制度の趣旨が変更されない限り、有限会社法は前記要素を捨象できないと考える。換言すれば、有限会社の定款において、「社員」の掲載事項は削除できないものとする。

- (4) 民法 43 条、大審判昭和 13 年 2 月 7 日民集 17 卷 1 号 50 頁、同判批・堀口「目的の範囲」『会社判例百選』（新版）8 頁、最判昭和 27 年 2 月 15 日民集 6 卷 2 号 77 頁、同判批・服部「会社の能力と目的の範囲」『会社判例百選』（第三版）8 頁、大判昭和 45 年 6 月 24 日民集 24 卷 6 号 625 頁、同判批・鈴木「会社の政治献金」『会社判例百選』（第三版）10 頁など。
- (5) 参考『注釈フランス会社法第一巻』（早稲田大学仏商法研究会編）185 頁によると、フランスでは、銀行、証券仲買および仲立業および興行業を有限会社形態に禁止している。さらに、現行フランス会社法（Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, sur les sociétés commerciales）490 条は保険と金銭無尽をも有限会社形態に禁止している。
- (6) 昭和 25 年の商法改正において、資本の総額（商 166 I ③）が削除されたのは、授權資本制を採用した結果、会社設立時に発行する株式総数は、会社が発行する株式総数の $\frac{1}{4}$ 以上であればよいことになり、資本の総額を会社設立時の定款に記載できなくなったこと、および無額面株式制度を採用した結果、従来の意味の資本（額面×株式数）を定款に記載することが不可能になったからである（石井『註解株式会社法』第一巻設立 166 頁 167 頁）。
- (7) 大隅『現代外国法典叢書ドイツ商法Ⅳ』17 頁 18 頁。酒巻『閉鎖的会社の法理と立法』242 頁。
- (8) 酒巻、前掲書 235 頁～242 頁。
- (9) 現在、大小会社区分立法に関し、法務省はその問題点をピックアップしており、その中に「一人会社設立の可否」がある。一人会社の設立を容認すべき考え方をとる人として長谷部茂吉判事（『裁判会社法』26 頁、235 頁以下）、竹内昭夫教授（『私法』35 号 169 頁、同 39 号 113 頁、『別冊商事法務』No.75、42 頁など）、丸山秀平助教授（『中央大学百周年記念論文集～法学部』464 頁以下）などがいる。これに対し、私見によれば、イギリス会社法（1948 年）第 31 条やイタリア民法第 2362 条の意味するごとく社員が一人になった時には、個人責任を認め本質的には一人会社を認めないとすべきであるとする。けだし、一人会社の容認を主張する者は現状の実質的一人社員の実態に法を合わせる為

と主張するが、社団法人の特質を貫徹し、個人と法人を区別する為、ないし社員を充当する機関を充実するなどを考えて、債権者たる第三者保護のためにも、一人会社の設立を認めるべきではないと考える。有限会社は、その趣旨からして株式会社のような物的会社にはなりきれないし、社員権が固定的なこと、つまり社員数が少なく、その社員間に信頼関係があること（閉鎖性）にその魅力を有するものとする。また、有限会社法において、取締役を複数にしたり、監査役の設置を義務化し、かつその者は社員でなければならないと改正するなどすれば、一人会社の実態は排除できると考える。

(10) 中西『注釈会社法(9)有限会社』40頁。

(11) 参考、西本『株式会社定款論』424頁。

四 持分の移転と対抗要件

1 持分の移転

(1) 趣旨

有限会社は、閉鎖的非公開⁽¹²⁾をその本質とする中小規模の企業向けに考案された企業形態である。したがって、社員相互間の緊密な信頼関係を背景にした運営を目的としている。このことから、会社にとり好ましくない者の入社を禁止するために、持分の譲渡禁止の制度を規定したいところであるが、合名会社のような退社の制度が無いために、既存の社員の財産的価値を守る側面から、社員総会の承認という条件付で持分の譲渡を認めている（有 19）。

株式会社の社員権の自由譲渡性については、株主の側からは出資の払戻しと同じ経済的効果を期待され、会社の側からは資本充実維持および資本調達簡易迅速性などの効果を期待されている。しかし、有限会社においては、社員権の譲渡に資本調達機能を求めている（有 21, 52 II, その他有 50 乃至 51）と考えられるから、専ら既存社員の出資の払戻しの経済的効果のみが期待されていると考えられる。

つまり、有限会社の持分の譲渡の意味するところは、社員権の払戻し、すなわち既存社員の退社に伴う経済的効果、および当該持分譲受人の入社だ

けである。

そこで、社員総会の承認により、既存社員は持分を譲渡でき、さらに、社員総会の承認が得られない場合でも、社員は会社に対し持分譲受人を指定するよう請求できることから、会社の指定する譲受人に持分を譲渡でき、自らの投下資本を回収できる（有 19 III・IV）。この方法を採用することにより、既存社員の退社に伴う経済的効果を確保すると同時に、社員相互間の信頼関係を維持できるよう会社にとり都合のよい者のみの入社を認めることができる。

(2) 規定の変遷

① 有限会社法制定時

昭和 13 年に初めて有限会社法（昭和 13 年 4 月 5 日法律第 74 号）が制定された当時、持分の譲渡に関する事項は、現行法と同様に第 19 条に規定されている⁽¹³⁾。

これによると、以下のような内容になっている⁽¹⁴⁾。すなわち、有限会社の社員は第 48 条に規定する社員総会の決議（・印著者注、特別決議）ある時に限って、その持分の全部又は一部を他人に譲渡することができる。但し、定款を以て譲渡の制限をもっと厳しくすることもできる、と譲渡の要件を規定し、同二項で、譲渡により、社員総数が 50 名を超過した場合には、遺贈の場合以外その譲渡は無効である（現行有限会社法第 19 条 6 項と同じ）、と譲渡の無効の場合を規定し、さらに同三項で、社員相互間の持分の譲渡については、第一項の規定に拘束されることなく、定款に任意の規定を設けることができる、と既存社員間の持分の譲渡の場合について規定している。

つまり、既存の社員間の持分譲渡の場合には、特別決議に拘束されることなく、定款に自らの都合のよい譲渡要件を規定できるとしている。これに対して、非社員に対しては、総社員の過半数以上が出席した総会（総会開催要件・定足数）において、総社員の議決権の 4 分の 3 以上を有する者の同意を必要とする（可決要件・可決数）。さらに、この特別決議よりも厳しい要件を

定款に規定できるとしている。

すなわち、第一項は、定款に持分の譲渡禁止規定がある場合や、特別決議の承認が得られない場合には、社員の投下資本の回収が図れないことを意味する。そこで、第三項は、既存社員に関しては、自らの投下資本の回収が図れるよう第一項に拘束されることなく、任意の規定（例えば、譲渡禁止規定の不適用乃至撤廃あるいは総会決議要件の軽減など）を制定できるとし、少なくとも社員相互間では、持分を相互に譲渡できるとしていた。

次に、持分の質入については、旧有限会社法第23条2項⁽¹⁵⁾により、質入行為自体に社員総会の特別決議を必要としていたが、質権を実行するための競売には特別決議を不要と解する⁽¹⁶⁾など矛盾するところがあった。また、持分の差押については、特別の規定は無かった。

② 昭和26年の改正時

昭和25年に商法第204条1項が「株式ノ譲渡ハ定款ノ定ニ依ルモ之ヲ禁止シ又ハ制限スルコトヲ得ズ（昭和25年法律167号）」と改正され、完全な株式譲渡の自由が規定されたことを受けて、有限会社の持分の譲渡制限も緩和された。すなわち、社員相互間における持分譲渡は自由であり、非社員に対しての持分譲渡においては、先ず会社に対し書面により譲渡の相手方、譲渡する出資口数および譲渡価格を通知させ、会社側がこれに同意できない時は、社員総会の特別決議によって譲渡の相手方を他に指定できるとした。

この年の改正は、株式の自由譲渡性の確立との関係で、有限会社の閉鎖性と社員の投下資本の回収といった観点から、有限会社の持分の譲渡を緩和したものである。つまり、株式会社の絶対的株式自由譲渡との比較において、有限会社のこの持分譲渡の緩和には合理的妥当性があると考えられる。ただし、その後、昭和41年になって株式譲渡につき、商法第204条1項がその但書によって定款による株式譲渡の制限を認めるに至った⁽¹⁷⁾ことは、社員数において有限会社同様の小規模の株式会社においては社員相互間の信頼関係が重要であることを考慮したためと思われる。つまり、いかなる会社形態にお

いても其の規模との関係で、社員相互間の信頼関係確立のためには、既存社員にとり好ましくない者の入社を禁止する方策を重要視せざるを得ないのである。特に、株式会社の社員権譲渡との比較においては、有限会社が小規模閉鎖会社をその趣旨にしている以上、既存社員の投下資本の回収の道さえ保証されれば、株式会社の社員権譲渡より有限会社のそれは厳しくて当然と考えられる。

ただ、この時の改正においても、持分の差押につき譲渡制限の適用があるのか否か、および持分の質入があった場合その競落人を社員として扱えるのか否かの疑問点は解決されなかった。

③ 昭和 41 年の改正時

前記したごとく、昭和 41 年の商法改正において、定款により株式の譲渡制限を規定できる（商 204）としたことに対応して、有限会社の持分譲渡に関してもその内容が実質上大きく改正された。

その第一は、非社員への持分譲渡において、その承認決議および不承認の場合の相手方指定のための社員総会の決議が普通決議となったこと（有 19 II・IV）。第二は、社員総会によって指定された持分譲渡人の譲受価格は、裁判所の決定または出資 1 口当りの純資産額によること（有 19 IV，商 204 の 4 II）。第三は、持分の質権設定には社員総会の承認を不要としたこと⁽¹⁸⁾（有 23 II）。第四は、非社員が競売または公売によって持分を取得した場合（含強制執行の場合）、この者の取得を承認しない時は、この者は会社を買受人の指定を請求できるとしたこと（有 19 V）。つまり、競売・公売といった法的換価処分においても、会社は既存社員の信頼関係維持のため、競落人の入社の可否を判断できるようにした。

(3) 現状

昭和 41 年当時の改正法がそのまま適用されている。

つまり、社員相互間での持分譲渡は、自由である（有 19 I）。これに対して、非社員への持分譲渡には、社員総会の普通決議（総社員の議決権の過半

数を有する社員が出席し、出席した社員の議決権の過半数以上の賛成によって可決する。有 38 の 2)が必要である。この場合、譲渡希望社員は、書面で譲渡の相手方と譲渡を予定している持分の数（出資口数）を会社に届け出て、社員総会の決議を得ることになる。他方、社員総会でこの届け出の内容を否決したら、当該社員は会社に対し他に譲渡の相手方を指定するよう請求できる（有 19 III）。社員総会は、この請求があった場合、他に譲渡の相手方を指定しなければならない（有 19 IV）、しかもこのことを書面でその請求日より 2 週間以内に譲渡希望社員に通知しなければならない。逆に、この期間内に通知がない場合には、持分の譲渡の承認があったものと看做される（有 19 IV, 商 204 の 2 II・III）。さらに、会社から持分の譲受を指定された者は、譲渡希望社員へ会社が通知をした日より 10 日以内に、当該社員へ書面で譲渡予定持分を売渡すよう請求できる。特に、この間に請求がなされなければ持分譲渡の承認があったものと看做される。この請求には、最終の貸借対照表により現存する純資産額を持分（出資）の総口数で除し、譲渡予定持分に乘じた額を本店所在地の供託所に供託し、これを証明する書面を添付しなければならない（有 19 IV, 商 204 の 3 I・II・III）。売買価格については、双方の協議によるが、合意が得られない場合には、持分の売渡し請求日より 20 日以内に、裁判所に対し売買価格の決定を請求できる。裁判所は持分売渡請求をした当時の会社の資産状態その他一切の事情を斟酌して売買価格を決定する⁽¹⁹⁾。他方、裁判所に対して前記 20 日以内に売買価格決定の請求をしない場合には、裁判所は前記した供託価格を売買価格とする（有 19 IV, 商法 204 の 4 I・II・III）。

さらに、持分移転はその代金を支払った時に効力を生ずる。特に、供託金との関係では、売買価格が前記供託額より少ない時は、売買価格確定時を代金支払時と看做す。これに対し、売買価格が供託額より多い場合には、供託額相当額の代金支払があったものと看做される（有 19 IV, 商 204 の 4 IV・V）。会社より持分買受を指定された者が、供託額と売買価格の差額（残金）を支

払わない場合で、持分譲渡社員が売買契約の解除をした場合には、最初の持分譲渡に関する社員総会の承認があったものと看做される（有 19 IV，商 204 の 4 IV）。

売買価格の決定を請求する裁判所は、会社の本店所在地の地方裁判所である（非訟 126 I）。

持分を非社員へ譲渡するのではないが、その占有権が非社員へ移る場合として、持分の質権の設定と差押とがある。これについて、有限会社法は持分を質権の目的にできる（有 23 I）と規定するのみで、社員総会の承認を要する旨を規定していない。しかし、非社員が質権実行のための競売または公売によって持分を取得した場合には、会社に対して書面で取得した出資口数を届け出て、その取得の承認を請求し、他方会社がこれを承認しない場合には他に持分の買受人を指定すべきことを請求できる（有 19 V）。

また、非社員への持分譲渡については、遺贈による譲渡以外、社員数が 50 人を超える場合には、原則としてその譲渡は無効である（有 19 IV，8 I）。

2 持分移転の対抗要件

(1) 持分移転

有限会社は、元来閉鎖的小規模会社を目的にしている会社であるから、持分譲渡に株式会社のような資本調達機能はないので、頻繁に持分が譲渡されることはない。しかし、社員の退社に伴う経済上の保証をする意味で持分の譲渡は認められている。その他、担保権の実行、強制執行、相続ないし合併などにおいても持分移転は認められ、持分は譲渡人から譲受人へ移転する。

そして、この持分移転において、当事者たる譲渡人と譲受人との間の譲渡の効力はその代金を支払った時に生ずる（有 19 IV，商 204 の 4 IV）が、社員権がいつでも誰に対しても有効に移転したことを主張するには、どのような手続が必要かについて、有限会社法は、取得者の氏名及住所並に移転する出資口数を社員名簿に記載すればよい（有 20）と規定している。そして、これに記載されれば、会社に対しても、また第三者に対しても譲受人は正当な権

利者であると主張できる。

すなわち、理由を問わず総ての持分譲渡において、社員権を主張する者は会社の社員名簿に住所・氏名および取得口数を記載すればよいのである。

(2) 社員名簿⁽²⁰⁾と名義書換

有限会社は株式会社と異なり、その社員が絶えず変動することはないが、持分移転が認められている以上、社員権の変動は当然ありうる。会社は、この社員権の変動があった場合、それを把握する手段として社員名簿を設け、さらに社員名簿に基づいて権利行使をすれば免責されることになっている（有 24 II，商 224 I）。他方、社員は社員名簿へ名義書換をしないと会社または第三者に対して、いくら有効に持分を取得しても、社員権を主張できない（有 20）。

このように。社員名簿は法律上作成が義務づけられ、社員権の変動を法的に把握する（社員権取得に関し形式的資格を授与する）機能を有する。換言すれば、社員権の変動があった場合、社員名簿への名義書換が、法律的に社員権を主張するための必要十分条件である。また反対に、社員名簿は、持分譲渡契約自体の効力を生じさせるものではなく、社員としての形式的資格を授与するものの、持分取得における実質的権利者を確定するものではない。

次に、持分を取得した者は、合法的⁽²¹⁾に持分を取得した者である限り、その取得の理由を問わず、自ら希望する時に、会社に対し名義の書換を請求できる。持分移転に関し、持分移転の事実を証明する義務は、持分移転を主張する持分の取得者の側にある。これに対し、持分譲渡人は、持分譲受人の名義書換に協力する義務を有する。

持分移転に伴う名義書換の請求においては、取得者の氏名及び住所ならびに出資口数を明らかにして、これを社員名簿に記載しなければならない（有 20）。

(3) 名義書換の効果

名義書換は、社員権譲渡の効力要件ではなく、対抗要件に過ぎない⁽²²⁾から、

社員名簿へ記載しても社員としての公信力が付与されるものではない。このことを念頭において、名義書換の効果を対会社および対第三者との関係で検討する。

① 名義書換社員と会社との関係

持分取得者が、その代金を支払った時に持分移転の効力を生じ（有 19 IV, 商 204 の 4 IV）させても、社員名簿に名義書換をしなければ、会社に対しては自己が社員であることを主張できない（有 20）。これに対し、持分取得者が、持分移転の事実関係を証明して、会社に名義書換を請求したにも拘らず、会社が正当な理由もなく名義書換を拒否した場合には、会社の任務懈怠であり、当然に持分取得者は会社に対し社員権を主張できると解する⁽²³⁾。

他方、会社は、名義書換未了の持分取得者を社員と認め、反対に社員名簿上の持分譲渡社員を抹消できるかという問題がある。この点に関し、判例は株式会社の株主名簿において、会社は名義書換未了の実質上の株主の権利行使を認めている⁽²⁴⁾。これに対し、多数説は会社の側から実質上の株主の権利行使を認める場合に会社の恣意が入るので判例の立場に反対している⁽²⁵⁾。

私見によれば、社員名簿は、会社が社員を把握するための技術的要請⁽²⁶⁾により設けられたものであること、また有限会社は社員の信頼関係を重視した会社であること、あるいは会社は名義書換において真実の取得者にのみ名義書換をなす義務を負担する⁽²⁷⁾ ことなどから、名義書換未了の持分取得者を会社の側から社員と認め、社員名簿上の持分譲渡社員を社員として扱わないことができるかと解する。さらに有限会社法 20 条の規定は、ドイツ有限会社法 16 条を参考に規定されたものであり、会社との関係における趣旨は「譲渡の事実を知らざることにより生ずることあるべき損害から会社を保護する⁽²⁸⁾」ための規定であるから、当該規定により第一義的に会社に不利益をもたらすものでなく、第二義的に当事者間に不利益をもたらすものでないことを考え、真実ないし実質上の持分取得者を会社側から積極的に社員として扱っても不都合はないと解する。また、株式会社の場合と異なり、有限会社は最大でも

社員数が50人以内であり、非社員に対する持分譲渡においては社員総会の決議が先行するので、有効な持分移転があったか否かを会社が知る機会には十分にあるから、会社の恣意は排除できると考えられる⁽²⁹⁾。

② 名義書換社員と第三者との関係

持分の取得者が名義書換を完了すると、いかなる第三者に対しても、社員権を主張できる。反対に、代金を支払って持分を取得しただけでは、当事者間で持分移転の効力が生ずるのみで、それ以外の効力はない。

したがって、持分の二重譲受人、譲渡人の債権者で持分を差し押えた人および持分を担保に取っている人などに対して、持分取得者は社員名簿に自己の名前他を書き換えない限り、自己が社員であることを主張対抗できない。つまり、名義書換をすることにより、前記した者に対して、自己の持分の取得が優先することを主張できる。

さらに、持分取得者が会社に名義書換を請求しても過失その他の理由により不当に応じてもらえない場合、あるいは、そのことを知って、二重に譲渡を受けたり、差し押えたり、その持分を担保に取ったりした第三者に対しては、持分の取得者は、①の場合と同様、名義書換がなくても、これらの者に対抗できる。

- (12) 稲葉「大小会社区分立法に関する諸問題」『別冊商事法務』73号13頁。これによれば、規模と閉鎖性に関し、次のように論述されている。「小規模」会社という概念と「閉鎖」会社という概念がある。昭和50年6月の「会社法改正に関する問題点」では大小会社の区分といている。これは、規模の大小による規制区分に着目したもので、前者の概念が専ら問題になるように見える。これに対し、「閉鎖」会社という概念は、アメリカのclose corporationの訳語であって、その構成員の閉鎖性・流動性に着目した区分である。「閉鎖」会社は、その所有者としての構成員たる株主・社員の数少なく、その間に個人的信頼関係があり、それへの新規参入が法律上(たとえば株式譲渡制限の定がある)・事実上(株式の流通性がない)困難な会社をいう。このような会社にあつては、会社の所有と経営の分化が進んでいないことが多い。これと、上場会社を典型とする「公開」会社の概念

が対置される。小会社と閉鎖会社とは、全く違った次元での分類であるが、実態としては、前者は後者に包含される。すなわち、小会社は、規模が小さく資本も少ないから、出資者の数は少なくてもよい。また、会社規模が小さければ、見ず知らずの者が出資することは考えられない。一方、大規模会社であっても、株主や社員の少ない閉鎖的会社はありうる。特に大企業の合併会社や子会社にその例は多い。つまり、小規模会社は「閉鎖」会社であるのが常態であるが、「閉鎖」会社は常に小規模ではない。

- (13) 旧有限会社法第 19 條, 社員ハ第四十八條ニ定ムル社員總會ノ決議アルトキニ限り其ノ持分ノ全部又ハ一部ヲ他人ニ譲渡スコトヲ得但シ定款ヲ以テ譲渡ノ制限ヲ加重スルコトヲ妨ゲズ。同 2 項, 譲渡ニ因リ社員ノ總數ガ第八條第一項ノ規定ニ依ル制限ヲ超ユル場合ニ於テハ遺贈ノ場合ヲ除クノ外其ノ譲渡ヲ無効トス。同 3 項, 社員相互間ノ持分ノ譲渡ニ付テハ第一項ノ規定ニ拘ラズ定款ヲ以テ別段ノ定ヲ為スコトヲ得。

さらに、特別決議については旧第 48 條による。旧第 48 條, 前條ノ決議 (参考, 旧第 47 條定款の変更を為すには社員總會の決議あることを要す) ハ總社員ノ半數以上ニシテ總社員ノ議決權ノ四分ノ三以上ヲ有スル者ノ同意ヲ以テ之ヲ為ス②前項ノ規定ノ適用ニ付テハ議決權ヲ行使スルコトヲ得ザル社員ハ之ヲ總社員ノ數ニ, 其ノ行使スルコトヲ得ザル議決權ハ之ヲ議決權ノ數ニ算入セズ。これは、現行法第 48 條と同じ内容である。

- (14) 参考, 大村聖友『日本有限会社設立案内』215 頁。
- (15) 旧第二十三條, 持分ハ之ヲ以テ質權ノ目的ト為スコトヲ得, 同二項, 第十九條第一項及第二十條ノ規定 (現第 20 條と同じ) ハ持分ノ質入ニ之ヲ準用ス
- (16) つまり、既存社員が質入を行う場合に、社員總會の特別決議を必要とする (持分の管理を非社員へ委ねるから) のであって、質權の実行によって持分を取得する競落人に対して特別決議を要求するのではないと解されていることによる (参考, 神崎『注釈会社法(9)』114 頁)。
- (17) 昭和 41 年法律 83 号 商法第 204 條 1 項 株式ハ之ヲ他人ニ譲渡スコトヲ得但シ定款ヲ以テ取締役會ノ承認ヲ要スル旨ヲ定ムルコトヲ妨ゲズ。これは、昭和 13 年法律第 72 号が規定していた株式譲渡と本質は同じと考えられる。けだし、昭和 13 年当時はまだ取締役會制度が導入されていなかったからである。参考, 昭和 13 年商法第 204 條 1 項 株式ハ之ヲ他人ニ譲渡スコトヲ得但シ定款ヲ以テ其ノ譲渡ノ制限ヲ定ムルコトヲ妨ゲズ。
- (18) 昭和 41 年以前の有限会社法第 23 條 2 項は「第十九條第一項及第二十一條ノ規定ハ持分ノ質入ニ之ヲ準用ス」と規定していたが、昭和 41 年改正法は同項を「第二十條ノ規定ハ持分ノ質入ニ之ヲ準用ス」と規定し、旧第十九條一項の準用を削除した。
- (19) 参考, 売買価格決定について、昭和 54 年 10 月 4 日名古屋高民一決定, 法律時報 949 号

121 頁は一株当りの純資産価格、営業成績(会社の安定性、将来性、収益力、配当率等)、流通価格(類似業種の市場価格、取引先例価格等)を算定基礎とし、これを総合した併用方式により算定するのが相当であるとする。また、昭和 47 年 4 月 13 日東高民二決定、『法律時報』667 号 78 頁は、閉鎖的会社においては、会社の資産状態を最も重視すべきであるとして、特に鑑定評価による借地権価格を資産に計上し、なお譲渡株主が不本意ながら常務取締役を辞任するに至った事情をも考慮して売買価格を算定すべきとした。さらに、昭和 46 年 1 月 19 日東高民決、下民集 22 卷 9 頁は、譲渡制限付株式の適正な売買価格を決定する場合の会社の資産は、貸借対照表上の評価額だけでなく、清算価格をも斟酌するのが妥当であるが、解散価値法による評価方法を常に至当とするものと解すべきではなく、類似会社比較による収益還元法で株価を算定すべきであるとする。

- (20) 参考、松岡「株主名簿の意義について」『注釈会社法(3)』144 頁。
- (21) 合法的に持分を取得するとは、売買、贈与、遺贈、相続、合併などを意味する。ただ、有限会社の持分については有価証券の発行を禁止されている(有 21, 大隅『法学志林』40 卷 5 号 548 頁, 田中〔誠〕『会社法詳論下』1032 頁他今日の通説)ので、株式会社の株券のような善意取得の問題は生じない。
- (22) 東京地判昭和 15 年 2 月 26 日新聞 4534 号 11 頁。大判大正 14 年 4 月 9 日民集 4 卷 162 頁。
- (23) 会社が正当な理由なく名義書換を拒否した場合でも、社員関係の画一的処理という社員名簿の趣旨と拒否が正当か否かを客観的に判断することが困難であるとの理由から、名義書換請求社員は会社に権利を主張できない(千野国丸『有限会社法解説』88 頁 89 頁)とする考えもあるが、今日の通説・判例は信義則違反を理由に「名義書換がないことをもって、会社は持分の取得者がいまだ社員でないと主張することはできない」と解している(神崎『注釈会社法(9)』131 頁, 最判昭和 41 年 7 月 28 日民集 20 卷 6 号 1251 頁)。
- (24) 最判昭和 30 年 10 月 20 日民集 9 卷 11 号 1657 頁。
- (25) 神崎, 前掲書 131 頁。
- (26) 参考, 東京地判昭和 30 年 11 月 30 日下民集 6 卷 11 号 2540 頁。
- (27) 参考, 東京地判明治 40 年 6 月 13 日『判例体系』(第二期版) 2196 頁。
- (28) 大隅, 前掲書 50 頁。
- (29) 参考, 神崎, 前掲書 131 頁によると、この点に関し、「有限会社における社員名簿の名義書換についても(株式会社の場合と)同様に妥当するものというべく、社員の平等的取扱ということから、名義書換の不当拒絶の場合を除き、会社は社員名簿上の社員をすべての関係において社員として取り扱うことができ、また取り扱うことを要するものと解すべきである。」と主張され、多数説の立場に立たれるが、私見は反対である。

五 持分の譲渡・移転と総会決議

(1) 持分の譲渡・移転

社員権の変動に関して、有限会社法は第 19 条では「譲渡」(die Veräußerung) という語句を使用し、第 20 条では「移転」(der Übergang) という語句を使用している。これは、社員権の変動原因に売買・贈与などを意味する所謂譲渡の他に所謂通常の譲渡とは言えない差押、質入、合併、相続などがあるからである。

したがって、社員権の変動を原因面から捉えている時は譲渡で総称し、結果の面で捉えている時は移転という語句を使用している⁽³⁰⁾。例えば、通常の状態で持分の所有権を変更する場合には売買や贈与が考えられ、有限会社法第 19 条はこれらを念頭に置いて規定している。そして、差押や質入の原因により持分の所有権を変更する場合には第 19 条を適用し、結果として変更された所有権を会社其の他の第三者に対抗する場合には、単なる譲渡という語句を使用せず、第 20 条で譲渡原因を問わない広い意味の社員権の変動として、移転という語句を使用している。

以上のことから、有限会社の総会の決議を必要とする社員権の変動は、譲渡の場合である。

(2) 総会決議

社員総会の決議の形態には、通常決議（普通決議）と特別決議および総社員の同意を必要とする決議の 3 形態がある。しかし、現行法上社員権の変動に関して必要なのは、通常決議であり、その結果定款記載事項の変更を生ずるので、定款変更との関係で規定の文言上特別決議の問題を生ずるのである。

したがって、持分譲渡に関する総会の決議に限って以下検討をする。

① 通常決議

有限会社法に別段の規定がある場合、または定款に特別の規定がある場合

を除いて、総社員の議決権の過半数を有する社員が出席し(定足数)、その出席社員の議決権の過半数をもって決議するのが通常決議である。

決議事項は、定款変更(有 48)や営業譲渡(有 40)などの場合の特別決議事項、および取締役の責任免除(有 16 II)や株式会社への組織変更(有 67 I)などの場合の総社員の同意を要する事項、ならびに書面決議(有 42)の方法を採用している場合と定款で特別に決議方法を規定している場合を除いた事項である。例えば、非社員への持分譲渡(有 19 II)、取締役・監査役の選任(有 32)、計算書類の承認(有 46 I, 商 283 I)、清算人の選任・解任(有 72, 74)などがある。

これらの事項は、社員総会の通常決議を経ることを法定化されているために、他の機関やその他の第三者に其の決議を委任することはできないが、社員総会での決議要件を加重した他の決議形態に変更することはできるものと解する。

さらに、以上の事項以外でも、株式会社のように株主総会の決議事項が限定されて(商 230 の 10)いないこと、および社員総会は有限会社の最高機関であること⁽³¹⁾から、法定化されていない事項を通常決議事項にすることはできると解する。

通常決議の定足数に関して、株式会社の場合には発行済株式総数をその算定基準にしている(商 239 I)が、有限会社の場合には、株式会社の場合と異なり社員権を表示する持分数でなく、総社員の議決権数をその算定基準にしている(有 38 の 2)。つまり、有限会社においては持分複数主義が通説であるとは言え、株式会社のように所有発行済株式数に該当する所有持分数で表示していないのである。

これは、有限会社においても株式会社と同様に、一株一議決権の原則(商 241 I)に相当する出資一口一議決権の規定(有 39 本文)を制定するものの、同条の但書において「定款ヲ以テ議決権ノ数ニ付別段ノ定ヲ為スコトヲ妨ゲズ」と規定してあることから、出資(または持分)の数と議決権の数とが必

ずしも一致しない場合があるからである。このような規定が設けられるのは、有限会社組織に弾力性があるから⁽³²⁾である。私見によれば、社員の個性を重視できることおよび、それは社員相互の信頼関係に立脚せざるを得ないことから有限会社の人的性格の一面であると考ええる。

通常決議の要件については、株式会社の場合と同様⁽³³⁾に、これを軽減できるものと解する。

次に、議決権の行使に関し、議決権は代理人によって行使してもよい（有 41，商 239 III）。また、会社が所有する自己の持分には議決権がない（有 41，商 241 II）。さらに、特定の社員を取締役に選任する決議において、当該社員は特別利害関係に当たらず、議決権を行使してもよいとする判例⁽³⁴⁾がある。この点、株式会社においては、株主総会における特別利害関係人の議決権行使の禁止規定は昭和 57 年改正法で削除された。その代り、取締役会での特別利害関係人たる取締役に対しては、取締役会での決議に参加できないこととなった（商 260 の 2 II）。この影響で有限会社においても、その社員総会においては、現行法上、特別利害関係人を排除する規定がなくなった。しかし、有限会社に取り締役会制度はなく、業務執行社員の特別利害関係をチェックする場がないこと、および社員が対会社との営業活動において、純粋に個人的な利益を追求する立場に立たされることもある⁽³⁵⁾ので、株式会社と異なり、社員の純粋な個人的利益の追求においては、特別利害関係人として、議決権を行使できないように再考すべきであると解する⁽³⁶⁾。

② 特別決議

総社員の過半数以上が出席し（定足数）、総社員の議決権の四分の三以上の賛成を得て（議決数）可決するのが特別決議（有 48 I）である。

有限会社は閉鎖的小規模会社を目的にした会社である（有 8，19，21）から、株式会社の特別決議の場合とは異なり、社員間の相互信頼関係を重視して、社員の頭数が定足数や議決数の算定基準になっている。特に、議決数の要件の四分の三の母数は、定足数によるのではなく、総社員の数によるので

ある⁽³⁷⁾。つまり、特別決議の承認を得ることに関しては、形式上は有限会社の方が株式会社の場合よりも厳しいことになっている。これは、有限会社においては社員数に制限がある（有 8）ため、株式会社のように株主が無制限に増大し、総会の開催や決議が不可能になることがないからである。

特別決議を規定した有限会社法 48 条は、強行規定⁽³⁸⁾であるから、この要件を軽減できない（通説）が、有限会社法制定の趣旨に鑑み、この要件を加重することはできると解する⁽³⁹⁾。

さらに、定足数や議決数を算出する場合、議決権を有しないものについては、総社員の数および議決権の数に算入できない（有 48 II）。現行法上議決権を行使しえない場合として、自己の持分を有する有限会社の持分、および甲有限会社が乙会社の資本の四分の一を超えてその持分または株式を有する場合で乙会社の有する甲有限会社の持分（有 41, 商 241 I・II）などの場合がある。

なお、規定上特別決議事項とされているものを例示すると以下の通りである。定款の変更（有 47, 48）、競業の認許（有 29 II）、自己取引や会社が取締役の為にする債務保証その他会社と取締役間の利益相反行為全般（有 30 I）、営業の譲渡・譲受・賃貸等および事後設立（有 40 I）、特定の者に対する将来の増資と出資引受権の付与（有 50）、合併および合併契約書の承認（有 59 II, 60 IV, 63, 商 408 I・III）、新設合併の場合の設立委員の選任（有 50 IV, 60 IV）、会社の解散（有 69 II）、会社の継続（有 70 I）、解散登記後の会社の継続（有 71）、取締役または清算人と会社間の取引の認許（有 75 II, 30 I）などがある。

(30) 参考, BAUMBACH—HUECK, GmbH—Gesetz 13., neubearbeitete Auflage, p88.
ドイツ有限会社法第 16 条 1 項

Der Gesellschaft gegenüber gilt im Falle der Veräußerung des Geschäftsanteils nur derjenige als Erwerber, dessen Erwerb unter Nachweis des Übergangs (旧法では des Uebergangs と記す) bei der Gesellschaft angemeldet ist.

- (31) 大隅『会社法論』(昭和 16 年版) 558 頁, 大橋光雄『有限会社法』(昭和 14 年版) 82 頁。
- (32) 参考, 深見, 『注釈会社法(9)』 217 頁。
- (33) 参考, 取締役の選任決議における定足数(商 256 の 2) の反対解釈。
- (34) 最判昭和 53 年 4 月 14 日民集 32 卷 3 号 601 頁。
- (35) 例えば, 営業譲渡決議(有 40)において, 社員がその営業の譲受人を兼ねる場合, 自己取引の場合(有 30), 競業の認許の場合(有 29 I), 社員の責任の免除の場合(有 16) などがある。
- (36) 昭和 57 年の商法改正で, 特別利害関係人は株主総会で議決権を行使できない(旧商 239 V)という規定が削除されたのに伴って, 取締役に対し取締役会での決議事項に特別利害関係を有する場合には議決権を行使できない(商 260 の 2 II)という規定が新設された。これに関連し, 有限会社において, 社員総会での特別利害関係人に対する商法の準用規定が削除された(有 41)。そこで, 有限会社には取締役会制度がないが, 複数の取締役の業務執行は認められている(有 26)から, ここに商法 260 条第 2 項の準用を認められるかという問題が考えられる。この点に関し, 私見によれば有限会社法が改正前のように明文で準用規定を制定していない(参照有 41)こと, 有限会社の取締役が一人の場合もありうること, 有限会社の取締役が複数いてもそれは株式会社が予定している数ではない場合が多く(有 25)公平な判断が期待できないこと, 利害関係事項によっては社員と社員たる取締役の相互信頼関係を壊す原因になること, などを理由に準用できないと解する。
- (37) 参照, 株式会社の特別決議においては, 定足数が議決数の母数になっている。商法 343 条「前条第一項ノ決議ハ発行済株式ノ総数ノ過半数ニ当ル株式ヲ有スル株主出席シ其ノ議決権ノ三分ノ二以上ニ当ル多数ヲ以テ之ヲ為ス」
- (38) 西本寛一『株式会社定款論』 73 頁。その理由は, 通常決議の方法を排し, この特別決議の方法を設けたからとする。
- (39) 鴻『有限会社法の研究』 38 頁, 他多数説である。

六 社員の氏名・住所および持分の移転と定款変更

(1) 定款変更の意味

特別決議を必要とする定款変更とは、「定款の内容自体を変更する」こと⁽⁴⁰⁾である（有 37）から、単なる定款書面の模写や印刷などの更正⁽⁴¹⁾ではない。したがって、定款書面の記載様式の変更も、規則の内容に影響を与えない限り、定款の変更にはならないと解する⁽⁴²⁾。

他方、現行規定を修正や加除する補正の場合、順序（配列）の変更、句読点の変更⁽⁴³⁾、および字句の修正などの場合は、当然定款の変更に該当する。

その他、定款記載事項中本店所在地に関し、実体の変更を伴わない行政区画の変更または地名呼称の変更などは、同一事実の表示方法が変更されるだけであるから、特別決議を要する定款の変更ではない。さらに、法令の改廃により定款規定の効力が、社員の意思とは無関係に消滅する場合にも同様である。

(2) 社員の氏名・住所および持分移転と定款変更

社員の氏名及び住所と各社員の出資の口数が、定款の絶対的記載事項であり（有 6 ⑤・⑥）、その記載の意義については前記した（三の定款の記載事項参照）。

しかし、現行法の解釈としては、社員の氏名・住所およびその持分の口数は、設立当初の定款の絶対的記載事項であるが、その変動は、定款の変更に該当しないとする説がある⁽⁴⁴⁾。その理由は以下の通りである。①社員間の持分の全部または一部の譲渡が自由であること（有 19 I）、②所定の手続を経ることにより、非社員への持分の譲渡が可能であること（有 19 II乃至V）。③持分の移転の効力が代金支払の時にあること（有 19 IV）、④社員名簿に、持分取得者の氏名・住所および移転口数を記載すれば、会社その他の第三者に対抗し得ること（有 20）などである。さらに、設立当初の定款に、社員の

氏名・住所およびその持分の記載が要求されているのは、設立当初の構成員の決定方法について法が規定したものであり、また、設立当初の社員に、株式会社の発起人と同様の財産価格填補責任（有 14）と出資填補責任（有 15）を負わせるからである⁽⁴⁵⁾と説明されている。

これに対し、私見によれば以下の理由により、社員の氏名・住所およびその持分の口数に変更があった場合には、それは定款の変更事由に該当すると解する。①有限会社法 6 条 5 号・6 号の社員を「設立当初の社員」に限定する旨の明文規定がないこと、②有限会社の趣旨は小規模閉鎖会社である（有 8, 21, 52 II）から、社員変動については少ないことを予想しうる。ゆえに、虚偽の社員名簿の記載との関係においては、公的な真実性を追及する手段として、その変動を定款に記載すべきであると考えること。けだし、社員名簿の記載社員には対抗力しかなく法的公信力を付与されていない⁽⁴⁶⁾こと、③前記④・⑤に対して、社員相互の信頼関係を重視する意味から、持分の譲渡について対社員・非社員に関係なく社員総会の承認を要すべきとする考え方⁽⁴⁷⁾を敷衍すると、現行社員の退社制度の代替としてのみ持分譲渡は認められると解すること。すなわち、持分の譲渡には株式会社の株式の譲渡における資本調達の意義は原則的にないと考えべきであること、および非社員への持分の譲渡が不可能なこともありうることを考えると、社員の個性をある程度重要視していると考えられ、設立当時の社員とそれ以後の社員とを定款記載の点で区別する理由はないと考えられること、④持分数と議決数に差を設けられる（有 39）ことから、この点を公示するには現行の社員名簿の記載事項だけでは不十分と考えられるので、定款への記載が必要となること、⑤財産価格填補責任と引受・払込担保責任に関しては、会社成立当時の社員の確定つまり社員の明確性のためであると考えられるので、この点に関しては増資の場合の責任（有 54 ①, 55 I）にも同様のことがいえ、これをもって会社設立当初の社員のみが定款記載事項であり、かつその変更特別決議を不要と主張する根拠にはならないと考えられること、⑥「設立当初」と言った場合、

「設立時点のみ」か、「設立後一定の期間を意味する」のか不明瞭であること、⑦「設立当初の社員に財産価格填補責任（有 14）や出資填補責任（有 15）を負わせるために定款の記載事項とするのであって、その変動は定款の記載事項でない」と主張されるが、しかし、設立当初の少なくとも 50 名以内の社員については、当該責任の免除が許されない（有 16 I）ことと相俟って、最初の持分の譲渡は究極においてその責任の一部又は全部の消滅をも明らかにすることであるから、その譲渡が社員総会の普通決議のみで承認できるというものではないと解すること、などである。

以上から考えて、現行法上社員の氏名・住所およびその持分の口数に変更があった場合には、特別決議を必要とする定款変更事項と解すべきである。けだし、前記したごとく、これは定款変更には該当しない定款変更⁴⁸⁾ではないと解する。つまりこれらは、実質的変更を伴わない本店の表示や呼称の変更あるいは法令の改廃による定款規定の効力の消滅とは法律行為の性質が本質的に異なるものと解する。

また、定款に設立当初の取締役を規定した場合（有 11 I）において、当該取締役が退任または解任されても、定款の変更にはならないと解されている⁴⁹⁾。けだし、これは設立当初の取締役の決定方法の一つとして、定款規定の方法があることを意味している⁵⁰⁾に過ぎないからである。しかも、取締役の規定が定款の絶対的記載事項になっていないこと、および有限会社の取締役に關しては商業登記事項になっている（商登 101, 81）ことなどを考えると、これは定款変更には該当しない定款変更といえる。つまり、これは、社員の氏名・住所およびその持分の口数の変更とは、事柄の内容が本質的に異なると解せられる。

(40) 西本、前掲書 42 頁。

(41) 西本、前掲書 45 頁。

(42) 同意、実方『注釈会社法(9)』278 頁。

- (43) 規定の順序の変更や句読点の変更は、規定の内容および解釈に変更をもたらすので、定款の変更に該当する（参考、林修三・『法令作成の常識』52 頁 69 頁，同『法令解釈の常識』72 頁 79 頁 189 頁など）。
- (44) 実方，『注釈会社法(9)』278 頁 279 頁。
- (45) 実方，前掲書 279 頁。
- (46) 大判大正 14 年 4 月 9 日民集 4 卷 162 頁。
- (47) 神崎，前掲書 117 頁。
- (48) 西本，前掲書 44 頁。つまり，定款の変更とは，会社の基本的準則自体の変更を意味し，定款書の更生ではない。また，定款書の更生は定款変更の必要要件ではない。すなわち，基本的準則自体をすでに変更した以上，これを記載した書面の更生は，定款変更そのものの要件ではない。つまり，定款書を更生しなくても，定款変更の効力は発生する。ただ，定款変更およびその記載事項の変更があった時には，これに伴ない定款書の更生を当然に行わなければならないが，これは取締役の職務上の事項であるとする。
- (49) 実方，前掲書 279 頁。
- (50) 石井，『会社法下』446 頁。

七 結 論

初めの問題の所在の項で述べたごとく，有限会社法を単純に読むと，非社員へ持分を譲渡する場合，社員総会の普通決議を要し，他方，社員の出資口数は定款の絶対的記載事項であるからこの変更には社員総会の特別決議を要することになる。これは，有限会社制度の趣旨からみて煩瑣で紛らわしいと指摘した。

これに対し，以下の解決策が考えられる。

- (1) 社員の氏名・住所およびその持分の口数の変更は，定款の変更にはならない⁽⁵¹⁾ という解釈に関して

現行法上，前記理由によりこの解釈を当然に容認できない。しかし，これを容認できるようにするためには，有限会社法 6 条〔定款の絶対的記載事項〕の 5 号と 6 号の文頭に「会社設立時の」という語句を付加すべきである。さ

らに、同条に第二項として「会社成立後3年⁽⁵²⁾以内の持分譲渡には、前項5号6号を準用す」を付加すべきである。けだし、会社成立後3年以内の持分譲渡は定款変更事由になることを強調することにより、この間の安易な持分譲渡が行われないようにすることおよび、私見による第一項との関係上、設立当初の社員も3年を経過したら社員総会の普通決議のみで定款変更とは無関係に持分を譲渡できるようにするためである。

さらに、19条に関しては、有限会社の趣旨でもある社員の相互信頼関係を重視する意味で、第一項にも第二項と同様「社員総会の承認を要す」と規定すべきである。

また、20条に関しては、30条によって、定款に議決権の数について別段の規定をした場合には、「その議決権の数」も規定すべきである。

(2) 有限会社制度の人的会社制を充実する面に関して

現行規定をあまり変更しないで、有限会社の小規模閉鎖性を重視し、社員の相互信頼関係に力点を置くならば、19条の規定の「社員総会の承認を要す」の語句を、「社員総会の特別決議の承認を要す」とすべきである。

けだし、このようにすることにより、社員の持分譲渡に関すること、および定款変更に関することとが、同一の総会の同一決議事項として処理できるので、従前のような問題を生じない。この場合においても、持分移転の効力発生や対抗要件に関しては従来のままの規定でよい。ただ、39条但書により、出資一口に複数の議決権を与える場合には、20条の社員名簿にもその旨を記載するようにすべきである。

以上、いずれにしても絶対的記載事項として同一定款の中に、単なる解釈上の差として、特別決議を要するものとそうでないものとを、何の条件もつけずに羅列している現行法は改正されるべきである。特に、今日まで現実の問題を生じていないからといって、このような基本的問題を放置すべきではなく、条文上の整理・統一を図り、今日着実に増加している⁽⁵³⁾有限会社に明瞭な対応を図るべきである。

(51) 実方、注(44)参照

- (52) 参考、社員や取締役の財産価格填補責任や出資填補責任に関し、昭和24年の有限会社法の改正までは、当該責任の免除は会社成立の日より5年を経過した後でなければ認められない旨規定されていた(木村、前掲書214頁)。また、定款の絶対的記載事項の欠乏は設立無効原因になることから、設立無効の提訴期間を見てみると「会社の設立の無効は其の成立の日より2年以内に……」(有75I, 商428)となっている。このことより、本文では仮定として3年としたが、当該期間は2年乃至5年以内とすべきであると解する。
- (53) 稲葉、前掲書11頁。これによると、有限会社数は、表1より昭和57年度642,060社であったものが、表2より昭和59年7月現在で、1,059,692社(除、清算会社)となっている。

表1 組織別、資本金階級別法人数

組織 区分	資本金 階級	500万円 未 満	500万円以上 1,000万円未満	1,000万円以上 1億円未満	1億円以上 10億円未満	10億円 以上上	合 計	構成比
株式会社	社	422,936	174,291	233,577	15,083	2,446	848,333	55.0
有限会社	社	523,089	87,507	31,386	75	3	642,060	41.7
合名会社		6,089	647	456	7	—	7,199	0.5
合資会社		29,681	3,096	2,071	14	—	34,862	2.3
そ の 他		44,283	1,633	2,826	97	6	8,845	0.6
合 計		986,078	267,174	270,316	15,276	2,455	1,541,299	100

(昭和59年3月：国税庁「昭和57年分税務統計から見た法人企業の実態」)

表2 組織別、資本金別法人数

会 社 の 種 類		会 社 数
株 式 会 社	100万円未満	63,328
	100万円以上	752,261
	1000万円以上	260,249
	5000万円以上	24,563
	1億円以上	12,261
	3億円以上	3,363
	5億円以上	1,774
	10億円以上	2,166
計		869
計		1,120,834
合 名 会 社		19,770
合 資 会 社		80,756
有 限 会 社		1,059,692
合 計		2,281,052

(昭和59年7月現在：法務省の資料により作成)